

El permiso de lactancia, las últimas reformas y el estado de la cuestión[□]

POR JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,
Sala de lo Social.

I. EL PERMISO DE LACTANCIA, DE DONDE VENIMOS, EN DONDE ESTAMOS AHORA Y HACIA DONDE QUEREMOS IR

Nuestro derecho reconoció el permiso de lactancia en los mismos albores de la legislación social, en la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre protección de la mujer y el niño y la niña en el trabajo –en su artículo 9.2–, vinculándolo, como poco después se confirmó en la normativa internacional –en el Convenio 3 OIT de 29.11.1999, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto–, al amamantamiento del ser recién nacido, lo cual suponía la titularidad exclusivamente femenina del permiso de lactancia, una vinculación mantenida en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 –en su artículo 168–, y en la normativa internacional –en el Convenio 103 OIT de 28.6.1952, relativo a la protección de la maternidad–.

La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales –artículo 25.5–, y la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores –artículo 37.4–, seguían manteniendo la titularidad femenina, aunque al no hablar de amamantamiento, sino de lactancia de un hijo o hija menor de 9 meses, posibilitaron la inclusión de la lactancia artificial –desde la STCT de 9.4.1978, RTCT 1978 2008–, dejando abierta la cuestión de si esa titularidad femenina era acorde con el principio de igualdad de los sexos. Una cuestión que, con referencia a esa pretérita legalidad, resolvió negando la discriminación la STC 109/ 1993, de 25.5, y considerando la titularidad femenina el permiso de lactancia como una medida de acción positiva.

Mientras tanto, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, reformó el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo que “*este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen*”. Ni se suelta el lastre histórico de beneficio femenino vinculado con el amamantamiento, ni se acoge la tendencia moderna de considerarlo un permiso parental indistinto de cuidado de hijos/as. La parificación absoluta, permitiendo, incluso, el ejercicio simultáneo del permiso por ambos progenitores trabajadores, parece, en efecto, más acorde con el principio de igualdad de los sexos, sin perjuicio, en su caso, de adoptar medidas de acción positiva o de protección de la lactancia natural.

Siendo una cuestión muy problemática en relación con el permiso de lactancia, es realmente llamativo, sobre todo a la vista del *desideratum* de individualización de los derechos derivados del cuidado de hijos/as recogido en la Directiva 96/34, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental, que las reformas posteriores no hayan abordado esa cuestión, ni la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Per-

1

Con anterioridad a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, y a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, había abordado el estudio del permiso de lactancia en “El permiso de lactancia”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1996. Allí remito al/a lector/a para la situación legal entonces vigente.



sonas Trabajadoras –en adelante, la LCVFL–, ni la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres –en adelante, la LOIEMH–, manteniendo una titularidad femenina principal con un ejercicio masculino secundario.

Una titularidad femenina principal con un ejercicio masculino secundario constitutivo de desprotección en determinados supuestos, y, especialmente, en las familias monoparentales con cabeza de familia masculino –por ejemplo, un padre viudo o un padre separado o divorciado con atribución judicial del cuidado de los hijos e hijas–, donde el hombre ni es titular del permiso de lactancia, ni a lo menos en el caso de fallecimiento de la madre, ésta lo puede transferir. A nuestro juicio, la ausencia de extensión a familias monoparentales masculinas configura –y lo decimos a sabiendas de la doctrina constitucional– una discriminación sexista directa, además de una discriminación a los hijos o hijas por el estado civil de sus progenitores.

Otra desprotección derivada –como la titularidad femenina– del origen histórico –que vinculaba el permiso a la lactancia natural– es la ausencia de derecho fuera de los casos de filiación –y ello aunque, desde la admisión de la lactancia artificial, debemos entender se incluye tanto la filiación natural como la filiación adoptiva–, mientras otras instituciones pensadas para el cuidado de menores se han abierto de manera progresiva a situaciones diferentes a las derivadas de la patria potestad, como acontece con la reducción de jornada por motivos familiares –artículo 37.5 del ET, que alude a la guarda legal de menores– o, desde la LOIEMH, con la excedencia familiar –artículo 46.3 del ET, que contempla el acogimiento–.

Tal vinculación histórica con la lactancia natural tanto se arrastra en el presupuesto de hecho, como en la consecuencia jurídica de *“una hora de ausencia al trabajo, que (se) podrá dividir en dos fracciones”* –recordando los “dos descansos de media hora para permitir la lactancia” de la Ley de 13 de marzo de 1900–. Ciertamente, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, permitió la posibilidad adicional –y el ET la mantuvo– de optar por *“una reducción en la jornada normal de media hora”* –que, desde la LCVFL, es de *“su jornada”*–. Y la LOIEMH amplía las opciones a la de *“acumularlo en jornadas completas”*. Pero no pasan de ser parches de un régimen de ejercicio pensado para el amamantamiento.

El permiso de lactancia se debe librar definitivamente de su arrastre histórico, dejando de ser una norma de protección de la maternidad, para pasar a ser un permiso parental para el cuidado de menores, lo cual obliga a cambiar

1

su presupuesto de hecho, ampliando su titularidad a

ambos progenitores y, en general, a quienes ostentan la guarda legal de un menor, otorgando un derecho igual a cada uno de los titulares, que sólo se acumularía si se tratase de una familia monoparental, y

2

su consecuencia jurídica, atribuyendo la más amplia disponibilidad de ejercicio, por ejemplo, configurando un crédito de horas a disfrutar a elección de la persona trabajadora en el periodo temporal de disfrute del permiso de lactancia.

Hay dos consideraciones finales complementarias.

Una consideración es la de que, en tanto subsistan los roles tradicionales, se deberán adoptar –sobre todo si el permiso es único a disfrutar por un titular a elección de ambos, porque se tenderá a elegir a la mujer, pero incluso si se reconoce un permiso a cada titular, porque el hombre tenderá a no usarlo– medidas de acción positiva para evitar perjuicios a los empresarios que redundarán, en un efecto *“boomerang”*, en un retraimiento en la contratación de mujeres. Medidas de acción positiva como exonerar al empresario de la retribución, imputándola a fondos públicos –como en Italia, al seguro de enfermedad–, o reduciéndole las cotizaciones sociales.

Y la otra consideración es la de no poderse olvidar el respeto a la elección de la madre en la elección de la lactancia natural –que, atendiendo a los estudios médicos, favorece además la mejor crianza del recién nacido–, de modo que, sin perjuicio de la titularidad individual del permiso de lactancia para cada titular y de la adopción de medidas de acción positiva, sería además conveniente el establecimiento de un permiso de la suficiente amplitud y contenido protector para no dificultar la lactancia natural, y la adopción de medidas destinadas a facilitar la lactancia natural, como la habilitación de salas en las empresas a cargo exclusivo de fondos públicos o con importantes subvenciones, que facilitarían así la lactancia natural.

II. LA REFORMA DE LA LEY DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras sólo introdujo una mejora de detalle en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores: se sustituyó la antigua expresión *“la reducción de la jornada normal”* por la nueva expresión *“la reducción de su jornada”*, de donde, eliminando veleidades interpretativas, aparentaba evidente:

a

Que, aunque la jornada fuese a tiempo parcial, no había motivo para eliminar totalmente, ni siquiera para reducir proporcionalmente, la duración del permiso de lactancia.

b

Que sería perfectamente compatible el permiso de lactancia con la reducción de jornada, sea por guarda legal de menores, sea para cuidado de familiares.

Tales consecuencias ya habían sido reconocidas en la más atinada doctrina judicial anterior. En cuanto al permiso de lactancia en el trabajo a tiempo parcial, ya una vieja STCT de 16.4.1985, RTCT 1985 2524, razonó que *“(se) consagra un derecho de ausencia al trabajo para atender a la manutención de un hijo o hija menor de 9 meses, sin más referencia que a la jornada normal que viniera observándose, y como quiera que ésta es... de 7 horas, sobre ésta hay que operar... impuesto un tiempo de trabajo inferior al máximo preceptivo, no le es lícito a la empresa aplicar a la diferencia el tiempo que, por imperativo de una norma, tenga derecho a ausentarse al trabajo, haciendo ilusoria la razón de ser de aquélla”*.

A nuestro juicio, esta doctrina no se deberá de alterar ni siquiera en el supuesto extremo de absorber el permiso de lactancia la totalidad de la jornada de trabajo. Otra solución no sólo haría de peor derecho a los trabajadores –normalmente, trabajadoras– de empleos insignificantes, sino que difuminaría la finalidad de la norma, ya que, si la norma pretende facilitar el cuidado del recién nacido, ese trabajo es el mismo sea el trabajo de los progenitores a tiempo completo o a tiempo parcial, de mayor o menor jornada. Cuestión diferente es la quiebra de la sinalagmaticidad del contrato de trabajo, lo cual justificaría exonerar al empresario o empresaria de la retribución o de las cotizaciones sociales, pero no hacer perder el derecho a la persona trabajadora.

En cuanto a la compatibilidad del permiso de lactancia con la reducción de jornada, sea por guarda legal de menores, sea para cuidado de familiares, ya otra vieja STCT de 9.2.1978, RTCT 1978 800, razonó que *“el artículo... que se interpreta recoge en sus... apartados diferentes derechos de los trabajadores y trabajadoras en relación con la jornada laboral, claramente diferenciados unos de otros, y es obvio que si la intención de la persona que legisla hubiera sido la pretendida por la empresa (que la finalidad de reducción de jornada absorbe la finalidad del permiso de lactancia) hubiera redactado en distinta forma las situaciones en que puede encontrarse la persona trabajadora... refundiéndolas en una sola”*.

De todos modos, y aunque estas consecuencias –reconocimiento íntegro del permiso de lactancia a los



trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial y compatibilidad con la reducción de jornada, sea por guarda legal de menores sea por cuidado de familiares, ya habían sido reconocidas en la más atinada doctrina judicial anterior, lo cierto es que no faltaban decisiones discrepantes, por lo que, sin duda alguna, la reforma acometida en la LCVFL debe ser bien recibida, coherenciándose, además, con el principio de igualdad inspirador del contrato de trabajo a tiempo parcial –de conformidad con lo establecido en el artículo 12.4.d) del Estatuto de los Trabajadores desde el Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre–.

No es de extrañar, en consecuencia, que, después de la LCVFL, los tribunales sociales alcance una total uniformidad en la respuesta judicial, como se comprueba con la STSJ/Cataluña de 8.3.1999, AS 1999 1721, la SJS 1 Barcelona de 9.1.2002, AS 2002 1297, la STSJ/Valencia de 25.4.2003, AS 2003 1125, la STSJ/Valencia de 24.5.2003, AS 2003 2289, o la STSJ/Las Palmas 20.2.2006, AS 2006 2171, donde se razona de modo tajante, y con un carácter general, que *“el hecho de tener una jornada inferior a la normal, bien porque se ha hecho uso de la facultad del artículo 37.5 del ET, bien porque se tiene un contrato a tiempo parcial, no permite hacer la correspondiente reducción del derecho de lactancia”*.

III. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

El permiso de lactancia se reforma, a través de la LOIEMH, en dos cuestiones concretas.



Una es la de que “(su) duración ... se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple”. Literalidad que no debiera excluir la posibilidad de incremento en los casos adopciones o acogimientos múltiples de menores de nueve meses, o de simultaneidad de un parto con adopciones o acogimientos de menores de nueve meses. Nuevamente, se trata de una reforma con añejos antecedentes judiciales, ya que, en la STCT de 18.6.1985, RTCT 1985 4063, se había considerado, en un parto gemelar, la atribución a la madre de dos permisos de lactancia al resultar ser lo más conforme a su espíritu y finalidad, y a la realidad social.

Aparentemente sencilla, la norma ofrece, sin embargo, algunas dificultades aplicativas en orden a determinar si el incremento se puede aplicar de manera disociada, es decir, en una parte a la ausencia de una hora –o más–, y en otra parte a la reducción de la jornada en media hora –o más–, e incluso combinando alguna o algunas de esas opciones con la acumulación en jornadas completas –lo cual se podría recoger en el convenio colectivo o acuerdo individual donde se permita esa acumulación–. E incluso, la posibilidad de que una parte del incremento lo disfrute el padre, mientras la madre disfruta otra parte. Tales posibilidades de autoorganización favorecerían el ejercicio del derecho a la conciliación.

Y la otra reforma del régimen del permiso de lactancia es la posibilidad de su acumulación en jornadas completas “en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que (se) llegue con el empresario o empresaria respetando, en su caso, lo establecido en aquella”. Nuevamente, la reforma está precedida de una aplicación judicial que había admitido la licitud del pacto colectivo de acumulación del permiso de lactancia. Así lo admitió la SAN de 29.3.2004, AS 2004 823, que fue confirmada por la STS de 20.6.2005, AS 2005 6507, argumentado, dicho en esencia, que el convenio colectivo se limitaba a establecer una opción de disfrute –nunca una imposición– que suponía una mejora del régimen legal.

Parece evidente, a la vista de la estricta literalidad de la norma, la necesidad de intermediación de la negociación colectiva o de un acuerdo entre trabajadores y trabajadoras y empresa para la aparición del derecho, aunque de seguro no faltarán en la doctrina científica opiniones contrarias sobre una interpretación finalista. Cuestión diferente es que, ante la ausencia de norma convencional y ante el intento de negociación del trabajador o trabajadora, el empresario o empresaria se niegue de manera arbitraria, abusiva o desproporcionada, en cuyo caso, para evitar un fraude al fin nor-

mativo, sí habría base para demandar. Lo que ocurre es que, en cuanto medie una razón de empresa, se desactivaría la demanda, y la inconcreción de la norma impediría su éxito.

Situándonos, en consecuencia, en esa situación litigiosa –es decir, el trabajador o trabajadora reclama la negociación en ausencia de pacto colectivo, y la empresa se niega de manera irrazonable–, la dificultad subsiguiente es el alcance de la acumulación. De entrada, debiera tratarse de una acumulación en concreto, atendiendo a la situación individual del trabajador o trabajadora, y no en abstracto, atendiendo a un cómputo general del permiso de lactancia. Por ello, la situación será muy diferente si lo ejercita una mujer o si lo ejercita un hombre. Y dicho esto, la cuestión es determinar si se acumulará la hora de ausencia o la media hora de reducción de jornada. Probablemente, se estará al mínimo, o, en solución de equidad, a un promedio con lo máximo.

IV. ...PERO ES AÚN PARCO EL RESULTADO DESPUÉS DE TANTAS REFORMAS

Una recapitulación de las reformas realizadas por la LCVFL y por la LOIEMH sobre el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, nos permite alcanzar una impresión inicial que nos conducirá a una reflexión algo más profunda. La impresión inicial es que todas las reformas se encontraban precedidas de aplicaciones judiciales en la misma línea de admitir el permiso de lactancia en el trabajo a tiempo parcial, o acumulable a la reducción de jornada, de admitir su ampliación en los partos múltiples, o de admitir el pacto colectivo de acumulación. Es verdad que, con las reformas legales, se ha ganado en seguridad jurídica, permitiendo a los trabajadores y trabajadoras conocer sus derechos, y evitando desviaciones judiciales.

Pero también es verdad –y aquí es donde esa impresión inicial nos conduce a una reflexión algo más profunda– que, con las reformas legales, se han realizado escasos avances en la regulación del permiso de lactancia, cuyo presupuesto de hecho y cuya consecuencia jurídica siguen demasiado vinculados a su origen histórico. Sería deseable que en nuevas reformas normativas el permiso de lactancia cambiase –incluso en su misma denominación– para ser un permiso de cuidado de una persona recién nacida atribuible a cada una de las dos personas encargadas de su guarda legal. Y la fórmula del crédito horario aparenta ser la opción más útil desde la perspectiva de la mejor conciliación, en orden a la configuración de la consecuencia jurídica.